Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración

Carpetas Nos. 478 de 2010, 1559 y 1893 de 2012

Versión Taquigráfica N° 1316 de 2012

COMBATE AL NARCOTRÁFICO

DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE TRÁFICO DE PASTA BASE DE COCAÍNA

Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 17 de octubre de 2012

(Sin corregir)

PRESIDE: Señora Representante Daisy Tourné, Vicepresidenta.

MIEMBROS: Señores Representantes Julio Bango, José Bayardi, Gustavo Borsari Brenna, Gustavo Cersósimo, Pablo Díaz Angüilla, Álvaro Fernández, Felipe Michelini y Aníbal Pereyra.

INVITADOS: Señores Catedráticos de Derecho Penal, doctores Miguel Langón y Raúl Cervini.

SEÑORA PRESIDENTA (Tourné).- Habiendo número, está abierta la reunión.

Tenemos el placer de recibir al doctor Langón, que tantas veces ha visitado esta Comisión. En esta oportunidad, asiste para referirse a varios proyectos de ley que se le han enviado, relativos a delitos contra la Administración Pública y tráfico de pasta base. Se ha repartido no solo el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, ya aprobado por el Senado, sino también el del Partido Colorado y el que fuera presentado por el Diputado del Partido Nacional, doctor Lacalle Pou.

Nos interesa conocer la opinión de la Cátedra de Derecho Penal de la Udelar sobre estos proyectos. Esa es la razón de nuestra invitación al doctor Langón, a quien agradecemos su presencia en este ámbito.

SEÑOR LANGÓN.- Como siempre, es un alto honor y un gran placer poder estar acá, reunido con los Representantes Nacionales, y tratar de hacer algún comentario que pueda ser de utilidad para el trabajo tan importante en el que están comprometidos.

En muchas oportunidades, los distintos integrantes de la Cátedra de Derecho Penal han hecho una crítica técnica o dogmática -diría que en este sentido hay unanimidad de pensamiento, ya desde la época de Giribaldi Oddo- a las reformas parciales del Código Penal y de las leyes, sucesión de leyes o correcciones. Obviamente, sabemos que la actuación humana es perfectible, pero las leyes penales requieren cierta estabilidad, no movilizarlas demasiado.

Por otra parte, quiero señalar brevemente algunos de los principios básicos, particularmente el del Derecho Penal mínimo, que tiene que ser restrictivo, no expansivo. En esto estamos todos más o menos contestes.

En materia de represión del tráfico de drogas se da una paradoja que se pone de manifiesto en distintos proyectos, inclusive en las exposiciones de motivos. Por un lado, se da el fracaso o la constatación, según algunos dicen, de la inutilidad de la legislación represiva, que no ha dado resultado y, por otro -esto es lo paradójico-, se postula responder con más represividad a una situación que se ha intentado combatir durante tantos años, sin resultados positivos. Por eso aparece la posibilidad de legalización de la marihuana. En alguna de las exposiciones de motivos también se señala el problema de que no es delito en Uruguay el consumo de estupefacientes, sino que está dejado a la libre conciencia de cada uno y a la autorresponsabilidad y, sin embargo, es delito proveerse, dado que el consumidor no tiene vías para proveerse de la droga legítimamente. En general, esos problemas están planteados.

La dificultad más importante que advierto es el cambio de política legislativa. Naturalmente, ello no nos corresponde a nosotros, pero como también se hace mención a los aspectos criminológicos y demás, y la doctrina no se priva de opinar sobre las políticas legislativas que se desarrollan, señalamos que debe haber un poco de permanencia en esas políticas. Desde 1974, cuando se crean los grandes delitos de estupefacientes, que nosotros llamamos delitos clásicos -producción, distribución, tránsito, suministro-, el problema que tuvo la jurisprudencia fue la dureza de la legislación. Se calificó estas leyes como draconianas, por los mínimos establecidos de penitenciaría, lo cual tiene las consecuencias que todos sabemos. Al respecto, hay que hacer referencia -esto ayuda a pensar, como decía Vaz Ferreira, por esquemas- al pensamiento de la doctora Adela Reta, que fue una de las pioneras en postular el abatimiento de las penas en el mínimo, porque eso permite al Juez una evaluación. En general, pensamos que subir los mínimos plantea un cambio de política legislativa, que a veces no está suficientemente fundado, que produce, por reacción, la llamada benignidad de los jueces. Los Jueces no aplicaban la ley, sino el artículo 35, y todo el mundo iba preso por suministro, simplemente porque era la norma que permitía -en el límite, porque para el suministro se establecían veinticuatro meses de prisión- procesamientos sin prisión, que eran muy excepcionales en la época y, fundamentalmente, la excarcelación de la gente, para poder distinguir los casos que evidentemente son distintos unos de otros, por la cantidad de droga, la habitualidad, la profesionalidad del delincuente, la calidad de la droga o la cantidad de dinero involucrado en el asunto. O sea que volver a criminalizar puede dar un resultado distinto del querido por la resistencia de los operadores a aplicar la ley. Cuando la ley es demasiado draconiana, los operadores no la aplican. Tienen un enorme poder discrecional y aplican principios generales que no están establecidos en la ley, eso que llamamos "política criminal", que la hacen los Jueces, con toda la discusión, que nos les corresponde, en cuanto a si el Juez es o no un esclavo de la ley, si puede ser un Juez innovador, cuáles son los límites de la interpretación judicial y la diferencia con la integración y todo lo demás. Por lo tanto, esto va al descrédito; es una norma que no se va a aplicar. Si se aplicara, se correría el riesgo del hacinamiento carcelario por el aumento de la población reclusa.

Ese es el telón de fondo, en el que hay una crítica al establecimiento de los mínimos de penitenciaría, que hacen muy rígido el sistema y plantean lo que don Luis Jiménez de Asúa llamaba la altura de los tiempos. Si las leyes son demasiado duras o demasiado draconianas y no están de acuerdo con la sensibilidad de los aplicadores del sistema, en los hechos, no se va a aplicar. Eventualmente, podría haber una aplicación discrecional, es decir, una discrecionalidad o una selectividad negativa, como la llamamos, para decidir quiénes van a ir presos. Serían una especie de chivos expiatorios, de individuos que por una razón u otra son seleccionados por el sistema, lo que vulneraría el principio de legalidad.

Si están de acuerdo, además de estas cuestiones generales, para ser práctico, me gustaría referirme en particular a cada uno de los proyectos.

SEÑORA PRESIDENTA.- Como usted los disponga, doctor Langón.

SEÑOR LANGÓN.- Entonces, en primer lugar, voy a referirme al proyecto original enviado por el Poder Ejecutivo.

En realidad, se trata de un proyecto de agravación de penas. Se quiere aplicar como agravante específico lo que ya está previsto en el artículo 47.8 como agravante genérico. Es una técnica legislativa muy correcta, seleccionar, por alguna razón, pero es algo que ya estaba previsto, no había un vacío legal. Simplemente, cuando cualquier delito es cometido por un funcionario público, es más grave, especialmente, según el artículo 47.8, si se trata de un funcionario policial.

SEÑOR CERSÓSIMO.- ¿El comentario que hace el doctor Langón es sobre el proyecto original del Poder Ejecutivo o sobre lo aprobado por el Senado?

SEÑOR LANGÓN.- Había pensado empezar por el proyecto del Poder Ejecutivo y seguir luego con el aprobado por el Senado, el del Partido Colorado y el del Partido Nacional. No hay mucha diferencia entre ellos. Todos los proyectos están orientados en la misma dirección.

En este proyecto se prevé un agravamiento de la pena para los casos de tráfico de pasta base de cocaína, los delitos de corrupción policial y los cometidos por las personas que cumplen funciones en los establecimientos de detención.

La definición de qué es la pasta base es un problema genérico, que ya se había tratado en alguna otra oportunidad. Lo cierto es que hay una definición legal.

El artículo 1º del proyecto de ley original del Poder Ejecutivo establece el aumento de penas en el mínimo y en el máximo. Entiendo que ese criterio está bien; lo comparto. Se aumenta lo que se llama el ámbito de juego del Juez. Esto va a plantear problemas en algunos otros casos que voy a mencionar seguidamente. Por ejemplo, si consideramos el cohecho calificado, establecido en el artículo 158, el resultado es que de la pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría se pasa a dieciséis meses de prisión a ocho años de penitenciaría. Quiere decir que la pena mínima varía muy poco y hay un aumento un poco más importante en el máximo.

Hay una discusión criminológica en torno a si el anuncio de las penas tiene eficacia, es decir, si tiene o no un resultado disuasivo. En general, se sostiene que tiene muy poca eficacia disuasiva. Es decir, al delincuente no le importa si la pena es de seis u ocho años, ni tampoco que la pena mínima pase de doce a dieciséis meses. Es probable que esto no tenga ningún efecto práctico en lo que refiere a la prevención. Y tampoco lo tiene en cuanto a la represión, porque es sabido que muy difícilmente los Jueces aplican el máximo de la pena establecida para los delitos. No se conocen casos de hurtos simples en los que se aplique la pena de seis años de penitenciaría. Simplemente, los máximos no se aplican, salvo casos muy excepcionales. En el caso de la rapiña, es muy raro que a un individuo le pongan dieciséis años. La pena podrá ser muy severa de acuerdo con el delito, si es continuado, si es con armas, si es agravado, pero los máximos no se aplican. Entonces, la eficacia disuasiva del aumento de la pena es muy discutida desde el punto de vista técnico, más allá de que pueda ser más justo y demás.

Además, acá hay un gran tema que el Parlamento deberá discutir algún día, cuando haga la reforma del Código. El doctor Gustavo Puig -un gran compañero de Cátedra, lamentablemente desaparecido- fue el que más insistió en lo que llamaba la dosimetría penal, que ahora tiene carta de ciudadanía. La dosimetría penal es desastrosa, probablemente por la multiplicidad de leyes penales. El ejemplo clásico es el copamiento, que tiene de ocho a veinticuatro años de penitenciaría y la violación tiene de dos a doce años. En la Cátedra decimos siempre: si entra una banda de tres tipos a una residencia a violar desde la abuela hasta el canario y no se llevan ni un alfiler, nos manejamos con un máximo del delito más grave de doce años. En cambio, si entran para robar las joyas de la abuela, va a tener hasta veinticuatro. Plantearlo es resolverlo, ¿no es verdad? Cualquiera piensa en la gravedad del delito de violación, con lo que significa la cosificación del otro y demás. Este tipo de leyes altera la dosimetría penal. Seguimos manejándonos sin tener una visión de conjunto de cómo vamos a poner las penas adecuadas.

El artículo 2º es más problemático, porque dice: "Cuando un delito fuere cometido por quien preste funciones en un establecimiento de reclusión". No se dice de qué delito se trata. Es cualquier delito que sea cometido por un funcionario de establecimiento de detención; después se aclaró que podía ser de mayores y de

menores. Por ejemplo, si este funcionario comete un homicidio especialmente agravado por brutal ferocidad o por falta de motivo -mata a un interno porque le contestó mal o porque ensució la celda, por hablar de una desproporción absoluta-, pasaría a ser penado de veinte a cuarenta años, con lo cual nos vamos a una pena de cuarenta años, que muchos en la Cátedra discuten si es aceptable, por que supera el límite de los treinta. Yo soy de los que entienden que no es un límite mágico, pero es lo que establece el Código Penal como pena máxima de penitenciaría: de dos a treinta años. Acá tendríamos una pena establecida de hasta cuarenta años que, en los hechos, es una prisión perpetua en la generalidad de los casos.

En cuanto a la modificación del artículo 35 bis del Decreto-ley Nº 14.294 que aparece en el artículo 4º, queríamos observar que cuando define "cocaína que contenga impurezas producto del proceso de elaboración y/o adulteraciones no aptas para el consumo humano, la pena a aplicar tendrá un mínimo de tres años de penitenciaría", nos parece muy elevado el mínimo. También vemos una cierta indefinición en esto que sería la definición de pasta base: cocaína que contenga impurezas. ¿Quién define cuándo contiene impurezas? Hay una dependencia muy grande del perito por parte del Juez.

Obviamente, estos delitos se están haciendo inexcarcelables; es la voluntad del legislador y, aunque parece ser que es lo que se busca, nosotros planteamos que es una vuelta a 1974, cuando todos los delitos eran inexcarcelables, lo cual había sido dejado de lado por una legislación benigna en comparación con el ámbito internacional. Sin embargo, a mí me parece que la legislación nacional es un punto de orgullo frente a esta globalización, a esta cierta pérdida de soberanía que viene dada por las nuevas normas recomendadas por Naciones Unidas a cuya aplicación Uruguay se compromete. Yo tengo cierta reticencia a aplicar penas draconianas, sin responder a la realidad nacional. Acá se va a otra cosa distinta, y esa es la política que marcará el Poder Legislativo

Hace todos los delitos inexcarcelables. Los del artículo 30 pasan a dos años de mínima y más de dos años. Solo según el artículo 35 se podría procesar sin prisión. Se plantea el problema de si esto no va a aumentar el número de reclusos. Va a mantenerlos durante más tiempo en prisión y va a agravar el hacinamiento carcelario. Hace unos días, escuchaba de fuentes oficiales del Ministerio del Interior que aproximadamente unos tres mil reclusos están vinculados a las drogas. El doctor Garcé me corrigió; me dijo que eran dos mil quinientos. De cualquier manera, me parece una cifra muy elevada y esto, probablemente, incida en eso también. Entonces, tenemos una ley que puede estar incidiendo en la causación de problemas y no en su resolución.

El Senado modificó el proyecto original. El artículo 1º me parece demasiado casuístico, esto de que "el sujeto activo sea Senador, Diputado, Ministro o Subsecretario del Poder Ejecutivo, magistrado, actuario o alguacil del Poder Judicial, magistrado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o del Ministerio Público y Fiscal, funcionario policial, funcionario militar, funcionario de la Dirección General Impositiva o de la Dirección Nacional de Aduanas". Yo ejercí durante diez años -el señor Diputado Michelini lo sabe muy bien- como Procurador del Estado, un cargo que no está incluido. Doy un ejemplo del problema del casuismo. ¿Por qué no está? Tampoco están los Intendentes ni los funcionarios del Ministerio de Educación y Cultura ni del Ministerio de Salud Pública. El casuismo no tiene mucho sentido, me parece a mí. Habría que buscar otra redacción. Esa es la crítica: si ponemos a determinados funcionarios, es posible que falten otros.

En el artículo 2º se reproduce el problema de que no hay definición. Específicamente, se aclara que son establecimientos de reclusión y que se van a agravar las penas de sus funcionarios cuando cometan cualquier tipo de delito. Es una situación que puede dar por resultado eso que acabamos de decir sobre el aumento; claro que trabajé sobre el exceso: un delito de homicidio. No tiene demasiado sentido subir de treinta a cuarenta años; ya treinta años es una vida.

El artículo 4º establece una reforma del artículo 35 bis y la crítica más grande es a los tres años que se ponen como mínimo. Es una pena muy grave siempre. Es un verdadero delito, un verdadero crimen, según el artículo 2º del Código Penal, y su pena no bajará nunca de dos años. Después, parecería que el legislador se dio cuenta de que esto era demasiado draconiano y, entonces, en la misma norma pone la excepción. Aparecen la regla y la excepción, que es complicada para el Juez que tenga que aplicar la norma porque, en realidad, todas las limitaciones de la penitenciaría tienen base constitucional, por aquel artículo que dice que los Jueces podrán poner en libertad a los individuos respecto de los cuales no vaya a recaer pena de penitenciaría. Por un argumento a contrario sensu, siempre se entendió que si hay pena de penitenciaría, la prisión preventiva es obligatoria, aneja al auto de procesamiento y, a su vez, impide la libertad provisional.

Entonces, claro, ¿cómo puede compatibilizarse que la ley ponga un mínimo de dos y tres años de penitenciaría, según las distintas modalidades que aparecen en la norma, y después diga que el Juez podrá, excepcionalmente, disponer nada menos que medidas sustitutivas? Las medidas sustitutivas han fracasado. Lamentablemente, la ley de 2003, una ley moderna, que quiso establecer medidas sustitutivas del aprisionamiento, tanto de la preventiva como de la pena, no ha funcionado porque no se puede implementar por dificultades de muchos tipos. Las dos medidas sustitutivas por excelencia son la pena pecuniaria, pero el problema es la realidad económica de nuestra población reclusa -yo creo que eso se puede solucionar y esta pena es bastante fácil de instrumentar-, y la prisión domiciliaria o, mejor todavía, una libertad condicional o algo similar. Se le pone en libertad, no se lo procesa con prisión y queda con una espada de Damocles encima: si vuelve a delinquir, se cumple primero la sanción del delito anterior. Eso es bastante automático. Ahora bien, estas medidas sustitutivas plantean problemas.

Estoy viendo en la prensa el problema con la violencia doméstica, y se podría extender a otro tipo de delito. También está la prisión preventiva con vigilancia electrónica.

Esta parte final me parece contradictoria. No se puede establecer un mínimo de penitenciaría y después decirle al Juez que podrá, por excepción, aplicar medidas sustitutivas con una serie de requisitos: que no tenga antecedentes, que "a criterio del Juez la sustancia incautada represente desde el punto de vista cuantitativo, una cantidad menor". ¿Cuál es la cantidad menor? No sabemos; dependerá de cada Juez. El otro requisito es que no haya vendido la sustancia a menores de edad. Bueno, es solamente para el caso de venta. Me parece que es contradictorio. Si se establece un verdadero crimen, no hay que dar al Juez esta posibilidad. Si no, esto está demostrando que el legislador quiere distinguir los casos, y la única manera de hacerlo es no poner una pena de penitenciaría sino de prisión. Esto daría como resultado que el Juez se transforme en una especie de déspota discrecional, que hace lo que quiere, lo que le parece y, entonces, ¿para qué pusimos los tres años? O no lo aplicaría nunca, porque dice: "Me voy a meter en problemas. El legislador quiso que esto fuera un verdadero delito. Tiene penas de dos y tres años. Está la Constitución que dice que no. Esta ley está de acuerdo o no con la Constitución; eso sería dudoso, porque, en principio, no podría. ¿Cómo va a crear la penitenciaría y después hacer la excepción?". Entonces, no lo aplicaría nunca. ¿Para qué ponemos una norma que no se aplica? Si se aplica, es arbitrario, y si no se aplica, es inútil. Seguimos dando un poder enorme al Juez.

La parte final tampoco tiene sentido. Dice: "Al dictar la sentencia de condena, previa realización de las evaluaciones correspondientes, tomando en cuenta el proceso de rehabilitación del imputado, el Juez de la causa podrá disponer la continuación de las medidas". Eso ya está establecido. Son sustitutivas de la pena también. No era necesario que se pusiera.

Creo que si se va a aumentar la pena, se aumenta y no se da al Juez esta posibilidad.

Tenemos también el proyecto del Partido Colorado -yo lo identifico así para mi manejo-, que lleva la firma del señor Diputado Cersósimo a la cabeza y tiene fecha 16 de mayo de 2012.

Este proyecto de ley está en el mismo orden y, por tanto, es pasible de las mismas observaciones genéricas que he formulado anteriormente. Se limita fundamentalmente a mover las penas, sobre todo, el máximo. Como dijimos, aumentar el máximo no tiene eficacia preventiva; a los efectos prácticos, es como no ponerlo, y habría que ver la dosimetría penal. En cuanto a los doce años de penitenciaría, valdría lo mismo plantar un árbol de cocaína que violar una mujer.

El inciso segundo de cada uno de los artículos toma en consideración el tema de la marihuana. Yo estoy de acuerdo con que algo se podría hacer con la marihuana. Las opiniones están divididas en cuanto a cómo tratar esto: si hay drogas blandas y duras; si es compatible o no autorizar la marihuana con las prohibiciones relativas al tabaco y demás. De todos modos, podría ser que la marihuana pasase a ser tratada administrativamente y no penalmente. Eso es muy interesante y yo estaría, en principio, de acuerdo. Acá lo que se hace es rebajar la pena en los casos en que la conducta esté vinculada con la marihuana. En el resto del articulado se va por la opción en general de hacer inexcarcelable el delito en el caso de la organización y financiamiento de actividades. En otros casos, se mantienen los mínimos y se aumentan los máximos.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Eso ocurre en solo una de las figuras delictivas, que es la que aconsejó la doctrina, sobre todo el doctor Ottati.

SEÑOR LANGÓN.- Es otro manejo. Yo nunca he visto que exista este artículo: "El que [...] realizare actos tendientes a la introducción ilegal a países extranjeros [...]". Se refiere a la organización y financiamiento de actividades. Está bien; no hay problema establecerlo en el reservorio punitivo del Estado para una conducta que felizmente es difícil que tengamos posibilidades de constatar alguna vez y, por tanto, de aplicar esta norma. En términos generales, supone eso: un aumento de los máximos y una consideración especial en el caso de la marihuana, con una atenuación.

Se modifica un artículo que tiene que ver el lavado de activos, que es el artículo 56, en el que se eleva también muy exponencialmente el máximo del delito fijado en seis años y se lleva a doce años. En la exposición de motivos de este proyecto se hace cuestión de muchas cosas criminológicas y de algo que parece estar bastante extendido en el pensamiento actual en el sentido de equiparar en el límite superior la pena de penitenciaría con la pena del homicidio. A mí personalmente no me gusta eso de equiparar con el homicidio conductas que no tienen nada que ver con éste, y menos decirlo. Eso entraría dentro de la regulación.

En la fundamentación se plantea claramente que ha sido estéril toda iniciativa contra el narcotráfico, no obstante lo cual, hay que seguir combatiendo. Acá hay bastante del peligrosismo, una vieja tendencia de parte de la doctrina. Se hace mención al combate, a la eliminación de las conductas delictivas. Esa es una cosa generalizada. Cuando hablamos de un Derecho Penal del enemigo, deja de ser un derecho de mínima intervención y pasa a ser un derecho de máxima. En vez de ser un Derecho Penal mínimo, es un Derecho Penal de respuesta inmediata al crimen con más pena, con nuevos delitos. Los términos son muy equivalentes, muy significativos: la lucha contra las drogas; el combate contra las drogas; la erradicación del crimen. Esto es un imposible. No digo que sea la intención de nadie, pero puede ambientar un Derecho Penal autoritario, que cree que puede regular, y el Derecho Penal es mucho más modesto. No es un arma para solucionar conflictos sociales. Es un límite mínimo para garantizar los niveles de convivencia más o menos aceptados en un momento, en una etapa histórica. Entonces, buscar la erradicación es imposible. Aquí se podría dar la vieja discusión de "quid custodiam custodium", como decían los romanos. ¿Quién nos va a proteger de los pretorianos, de los que tienen el poder? Hay algunos autores como Zaffaroni -yo no lo sigo mucho, pero su pensamiento siempre es muy interesante- que sostienen que el Derecho Penal es un instrumento de contención del poder del Estado. Algún elemento de eso tiene. Yo creo que el Derecho Penal debe mantener la convivencia y también podría tener como misión contener los niveles de poder del Estado. Entonces, en general, resistimos un poco plantear la lucha contra el crimen en esos términos bélicos.

En el proyecto del doctor Lacalle Pou, que es el último que tenemos en vista, lo más interesante que se plantea es autorizar por la vía de la excepción el cultivo y la cosecha de marihuana destinada al consumo personal. Yo estoy muy de acuerdo con esta posición. Creo que es más clara que muchas otras. El problema es determinar los límites del consumo personal: número de plantas, etcétera. Plantea ese tipo de problemas.

Por otra parte, va también al aumento de los mínimos, en este caso, o sea que es coincidente con la línea que parece prevalecer en estos momentos en el Parlamento. No tenemos más que respetarla y esperar que si sale, lo haga con coherencia. Ante el enemigo que huye, tenemos una de dos: aquello de puente de plata, como decía Napoleón, o la muralla de acero. Lo dejamos huir o le ponemos la muralla de acero. Se apuesta que la muralla de acero sea eficaz, y acá es lo mismo: vamos a elevar los mínimos para hacer el delito inexcarcelable.

Hay otras reformas que son menores pero con las que también estoy de acuerdo como, por ejemplo, la del artículo 67. Se dispone directamente que el Poder Ejecutivo debe transferir bienes, instrumentos o productos a entidades públicas o privadas. Ya le da un destino, y me parece interesante. No así la reforma que postula del artículo 40, que hace referencia a "consumidor problemático". Antes se hablaba de drogadicto. No sabemos qué es el "consumidor problemático". No creemos que eso sea demasiado importante, pero lo planteamos acá.

El artículo 45 de la Ley Nº 18.191, que refiere a otra cosa, habla de la inhabilitación para conducir y la idea que podemos dejar a consideración de esta augusta asamblea es la creación, si se estimara conveniente, del llamado "delito de conducción temeraria" que, en términos generales, plantea problemas técnicos muy grandes. Podría decir así: "El que condujere temerariamente será castigado con tal pena". Se anticipa al momento de la consumación. Se critica porque es un delito que se llama de mera conducta, que no arroja un resultado sino que anticipa el castigo por la posibilidad. Es un delito de peligro abstracto. Si se quiere,

podrían especificarse cuáles son las conductas temerarias: "el que condujere temerariamente" o "el que condujere con determinado porcentaje de alcohol en sangre o determinado grado de drogadicción, que determinarán los expertos". Entonces, conducir drogado o alcoholizado ya sería un crimen. Así podría tener una eficacia preventiva, pero con los problemas muy graves que plantea anticipar y castigar conductas sin resultados; anticipar un castigo a un hecho que todavía no ocurrió. Creo que sería más claro que esta reforma. No lo estoy proponiendo, simplemente lo menciono porque es por allí por donde se está trabajando a nivel internacional para ver si conviene y es correcto establecer ese tipo de prohibición de conducta. Un delito de mera desobediencia es delito porque el legislador lo creó. El legislador crea la conducta criminal porque cree estadísticamente que produce daños y muerte. Los accidentes de tránsito son la primera causa de muerte entre la gente joven, prevaleciendo ante los neoplasmas y las cardiopatías.

SEÑOR BAYARDI.- He seguido la intervención del doctor Langón con atención, y quisiera hacer algunas consideraciones.

Me voy a remitir al proyecto que tuvo iniciativa del Poder Ejecutivo, que fue aprobado en el Senado, en la medida en que ya hemos trasmitido a la Comisión la voluntad de la bancada de aprobarlo, no por falta de deferencia con respecto a los otros proyectos presentados por los señores Diputados Cersósimo y Lacalle Pou.

Con respecto a la intervención general del doctor Langón, me asalta una preocupación, luego en las particulares discutiré otras. La primera es la del papel de los Jueces

He visto que existe una apreciación con relación al grado de discrecionalidad con que se mueven de acuerdo con las normas pautadas. Sé que es así efectivamente, tanto en materia penal como de menores. A veces, en delitos similares, el mismo Juez tomaba conductas dispares con respecto a las sanciones que aplicaba. Cuando cita la modificación al artículo 35, el doctor Langón dice que el Juez podrá transformarse en un déspota jurisdiccional.

SEÑORA PRESIDENTA.- Discrecional.

SEÑOR BAYARDI.- Yo entendí jurisdiccional, pero no importa, es un déspota discrecional cuando está en el ejercicio del papel jurisdiccional.

De todos modos, con o sin el artículo 35, el mismo papel de discreción y de interpretación de la ley existía, de acuerdo con la consideración que hizo en términos generales del doctor Langón, que yo comparto, no estoy cuestionando el tema. Simplemente digo que hay límites que creo que la ley debería acotar al conjunto. Acá entran un montón de otros elementos que tienen que ver con la valoración que se tenga de la función del sistema penal, de la forma de reclusión y un montón de elementos subjetivos del individuo que tiene que tomar una decisión con respecto a una persona. Debo decir que me generó cierta preocupación el nivel de apreciación del doctor Langón, si bien cuenta con experiencia para ello, debido al desempeño de su profesión, por haber sido Procurador y Fiscal y por estar hoy ejerciendo -supongo- en otras áreas del derecho penal

Muchas veces he oído hacer mención a la poca eficacia del aumento de las penas. Creo que efectivamente es así cuando se habla del universo de quienes pueden cometer un delito. Los delincuentes no leen el Código Penal ni están informados de lo que establece. Tengo una única duda: ¿qué pasa con los operadores de la Justicia? ¿Qué pasa con un funcionario policial que durante su instrucción se supone debería ser informado o interiorizado -desconozco los programas; sé que ha habido modificaciones- acerca de la eventualidad de sufrir penas mayores que el resto de los mortales si incurriera en algún delito? No tengo ninguna información con respecto a la situación de la Policía o de aquellos que están obligados a hacer cumplir la ley y que durante su formación son instruidos sobre las consecuencias que puede tener incurrir en algún delito. No sé si el doctor Langón tiene posición con respecto a esto.

Olvidé comentar algo con respecto a lo que le he oído decir en alguna oportunidad al doctor Langón tiempo atrás: en lo que respecta a las drogas, en general, yo soy legalizador. Una cosa es el problema que ocasionan las drogas en el consumidor y en los consumidores problemáticos. Yo consumo tabaco y creo ser un alcoholista social. Y cuando digo "legalizar", me refiero a legalizar todas las drogas porque tengo un

problema, que es el daño al narcotráfico. Entonces, la situación del consumidor la trato como un problema de salud, y al narcotráfico y al crimen organizado hay que tratarlo por separado. La única posibilidad que podría ponernos en el camino es la legalización. Y cuando digo que se debe legalizar, me refiero a absolutamente todas las drogas y que el Estado tenga el control. Se supone que el Estado tiene el control sobre la composición del tabaco y del alcohol, y yo creo que también debería tenerlo sobre la composición de la cocaína, por ejemplo. Si alguien quiere consumir cocaína, el Estado debe garantizar que en algún lugar se pueda acceder a ella, y que sea de buena calidad, pura y sofisticada. Además, debería traer un papelito, al igual que lo trae el lexotán, en el que se detallara para qué sirve, las contraindicaciones y los efectos negativos que posee. Cada uno asumirá su responsabilidad. Cuando se introducen otros elementos, creo que hay que ser punitivamente firme para evitar otros trastornos que van más allá de los que produce la cocaína pura. El consumo de la cocaína pura es muchísimo menos lesivo que el de la pasta base de cocaína. Entonces, si en ese caso hay una prohibición por el daño que provoca, trataré de desestimular su consumo. Lo lograré o no, pero si no lo logro, tendrá una sanción punitiva. Creo que esto es parte del objetivo del proyecto, aunque se queda corto, porque no hace referencia a lo que se pretende legalizar, no es parte de una estrategia de cómo asumirlo. Digo esto, porque cuando usted hacía referencia al artículo 4º hablaba de la excepcionalidad. Es cierto que la excepcionalidad se discutió en función de eso, ya que estaban quienes pensaban que se debía dejar un margen de discrecionalidad -usted dice que ya existía anteriormente, aunque este artículo no estuviera- para que quien tiene la función de juzgar pudiera operar. Creo que este fue el objetivo. Así fue el proceso de negociación por el que quedó consolidado.

Por último, quiero hacer una apreciación. Vio que los padres de la patria, que están del Salón de los Pasos perdidos para allá, se han visto...

SEÑORA PRESIDENTA.- ¿Me permite una aclaración?

SEÑOR BAYARDI.- Las madres también.

SEÑORA PRESIDENTA.- No, no es por lo de las madres. Expliquemos al doctor Langón que en nuestra jerga habitual cuando decimos "los padres de la patria", nos estamos refiriendo a los Senadores y Senadoras.

(Diálogos.- Hilaridad)

SEÑOR LANGÓN.- Sí, gracias. Yo pensé en Artigas en primer lugar...

SEÑOR BAYARDI.- No, en todo caso esos son los abuelos.

(Hilaridad)

——Bueno, ellos se vieron en la obligación -no lo comparto- de hacer en el artículo 1º una descripción taxativa de quiénes podrían sufrir penalidades y olvidaron muchos casos. Hubiera bastado con establecer que la gravedad que pesa sobre aquellos que están obligados a hacer cumplir la ley. Cuando los que están obligados a hacer cumplir la ley son parte del circuito del delito, el Estado se debilita. Pero, bueno, quedaron en esta descriptiva que no sé si fue un acuerdo de los Senadores o no. Comparto con usted que la lista podría haber sido larga.

SEÑOR LANGÓN.- Sobre el rol del Magistrado quiero decir que el tema es bien interesante. Durante años, en la Cátedras de derecho penal, enseñamos que lo fundamental para el legislador y para la labor de los intérpretes es establecer y buscar cuál es la materia de la prohibición, cuál es la conducta prohibida, cuál es el delito. Hay que ver si es dar muerte, hacer maniobras engañosas para lograr un beneficio, una estafa, un homicidio, es decir, la descripción objetiva del delito, el tipo penal. Siempre dijimos que el tipo tiene que ser legal.

Con la experiencia y los años he llegado a una conclusión que supongo será compartida por muchos, aunque no por todos, y es que todos los tipos son judiciales. Es delito lo que el juez dice que es delito, porque tiene que pasar por la interpretación del juez. En algunos casos es tan obvio que no hay otras posibilidades. No se

trata de que el juez sea un hombre malo, arbitrario, que hace lo que le parece. Él no puede hacer otra cosa más que interpretar la norma. Por eso nosotros pedimos que el legislador sea claro, definitivo, de manera que deje menos margen al enorme poder discrecional que, de hecho, tienen los jueces. También la Policía tiene un enorme poder discrecional. ¿Por qué investiga una cosa y no la otra? Porque no puede investigar todas. Se tiene en cuenta cómo se llega al conocimiento del delito, el orden de prelación, de importancia. Eso puede depender de muchas cosas y hay mucha subjetividad. Supongo que en el orden administrativo esa discrecionalidad surgirá de los mandos, del Ministerio, de la Jefatura que determinará qué se investiga. Nunca se podrá investigar cosas menores. Por eso la búsqueda de un derecho penal cada vez más chico, claro y definido, lo que se llamaba Derecho Penal Nuclear. Es decir, son delitos las conductas que incluyen violencia o engaño, todo lo demás es un invento. La vida moderna hace que todo el resto sea necesario, pero hay que restringirlo. Entonces, ese es el papel del Juez.

Para mí esto es contradictorio. Si el legislador quiere poner una pena severísima, establecer esa muralla de acero y dar un mensaje a la población, cualquiera sea el resultado que pueda tener en unos u otros, inclusive, sin tener que limitarse por estudios sociológicos, que lo haga. El Juez actuará sabiendo que tiene enfrente un verdadero crimen, con mínimo de penitenciaría. ¿Por qué razones establece estas excepciones acá y no en los delitos de violación, rapiña o de copamiento? En esos casos el juez tiene mínimo cuatro años, dos años u ocho años para el copamiento. Nadie le dice al Juez: "Mire que hay copamientos y 'copamientitos' y en estos útlimos casos puede establecer una pena sustitutiva". No; no es así. Es un crimen y no hay chance. Me parece que es contradictorio establecer un mínimo de tres años y después decir: "el Juez excepcionalmente...". Es muy complicado. A mi manera de ver prefiero que no se haga así. La opción es que no se ponga al juez porque, de hacerlo, habría que incluirlo en todos los casos, para que pueda matizar más.

Ahora me voy a referir a las penas. La pena establecida por el legislador en todos estos casos es sentencia de condena. La sentencia de condena demora muchísimo tiempo. Cuando cae, en la generalidad de los casos, importa relativamente poco, porque el individuo suele estar en libertad, o está en libertad provisional, en libertad condicional o, eventualmente, le tocará la libertad anticipada, pero nunca sobre el máximo. El máximo no se aplica casi nunca. Esa es la razón por la que nos parece que el máximo de la pena... En el principio de las investigaciones criminológicas, y demás, los clásicos como Bentham decían que la eficacia de la pena radica en la rapidez de reacción del Estado. El delincuente se contiene más si ve que la Policía funciona, que los Juzgados actúan y existe posibilidad de ser atrapado por el crimen que cometió y no por la pena que eventualmente le puede recaer. Si él ve que tiene pocas posibilidades de ser atrapado, no le va a importar el grado de la pena. Le importan la eficacia de la represión, de la Policía, los medios de prueba. Si él piensa que puede escapar, pienso que es poca la eficacia que pueda tener la pena. Por ejemplo, ¿qué contiene a muchos profesionales universitarios de cometer crímenes?, porque las pulsiones humanas las tienen todos... Lo que significa para un profesional universitario ser procesado o ir preso. Entonces, lo que importa no es la pena, sino la posibilidad de ser atrapado. En general, se comparte ese criterio. Eso fue ejemplificado con la pena de muerte. En los países o Estados de los Estados Unidos que tienen pena de muerte no baja el nivel de comisión de los delitos. Lo único que lo contiene es la posibilidad de que lo atrapen y no el monto de la pena. En esos países se han hecho estudios vinculados con eso. Históricamente se decía que se debía aplicar una pena de muerte atroz, con torturas en la plaza pública, quemando, cortando en pedazos a las personas, sacándoles la lengua o los ojos, para que la gente se aterrorizara. En realidad, parecería que ello acostumbraba al público al espectáculo de la muerte y al poco valor de la vida, en lugar de verlo como un ejemplo y aprender en cabeza ajena, viendo lo que le pasaba a los malos. El efecto no era por lo menos claro ni directo. Por eso, lentamente, las ejecuciones pasaron a hacerse en privado, con una muerte sin dolor -que es un absurdo-, sin sufrimiento porque el efecto terminaba siendo el contrario: la gente razonaba que si el Estado mataba y de esa forma, por qué no lo iba a hacer ella. Si El Estado torturaba en algunas circunstancias, debía estar bien hacerlo en alguna circunstancia.

SEÑOR BAYARDI.- La pregunta iba dirigida a saber cómo opera el aumento de las penas en aquellos Cuerpos obligados a hacer cumplir la ley y que, de alguna manera, están educados o formados sabiendo que la comisión de cualquier delito es más grave que para el común de los mortales.

Hago esta pregunta porque en mi experiencia está lo que sucede con los Cuerpos de disciplina militar. Además de los códigos penales comunes, ellos tienen códigos penales internos. Inclusive tienen otro tipo de códigos que refieren a los códigos del honor, como son los códigos militares. En mi experiencia he podido comprobar -no digo que esté basada en entrevistas, pero sí en muchas conversaciones- que un militar le tiene más miedo a la sanción que viene desde el código militar, por la discrecionalidad que contiene, y a la sanción

de los códigos de honor que a un juez penal. Entonces, esos dos elementos operan como un factor de disuasión mucho más contundente, en mi opinión, y lo asumen todos.

Acá no tenemos una policía militarizada "stricto sensu", con un código que funcione para juzgar comportamientos entre sus pares, pero sí tenemos un proceso de formación que se supone pone énfasis en las sanciones a las que sus miembros pueden quedar expuestos. Me refiero a esta parte de la sociedad y no a aquellos sectores con respecto a los cuales el doctor ponía ejemplos referidos a distintas culturas en las que hubo un aumento en las penalidades. Por tanto, la apreciación iba dirigida a ver si en esos estamentos eso no juega un papel distinto.

SEÑOR LANGÓN.- Tal vez se aplique acá también la analogía que hice con los profesionales universitarios. Al funcionario militar o policial, sobre todo de jerarquía, que pueda verse comprometido en un juicio de los pares, le importa más el juicio de los pares que la pena que pueda recaerle. Me parece que es extensible eso también allí. Lo más grave es la conmoción, el desprestigio, el deshonor que le puede significar un procesamiento que la pena a recaer. Obviamente la pena puede tener un significado de gravedad de delito.

Lo que no creo es que el funcionario de prisión o el policía se vaya a contener porque le recaiga una pena más grave. Si algo lo contendría sería la pérdida del trabajo, que lo descubran y lo procesen, no tanto la pena que no se aplica nunca, que está en el papel y que recién va a recaer en el momento de la ejecución de la sentencia.

Lo que tiene eficacia y puede cambiar el sistema, provocando aumento de la población reclusa, hacinamiento carcelario, es poner un mínimo de penitenciaria. Eso tiene un significado inmediato en la praxis judicial. Alterar los máximos es un problema de política criminal, de dosimetría, diría que hasta casi de estética del sistema, pero lo que es efectivo es el movimiento de los mínimos. Ese es un cambio de la política legislativa, se va a un endurecimiento y tiene consecuencias que pueden ser las que se busquen. Es por ahí la cosa.

En definitiva, creo que es el estigma social que le puede causar al militar ser sometido a un juzgado militar, a un tribunal de honor lo que le puede afectar más que la pena. En ese sentido, es extensible la misma crítica: no es tanto el monto de la pena sino la eficacia de los aspectos internos de la represión y del juzgamiento lo que lo puede contener.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Una de las preguntas que quiero hacer es la siguiente. Como el consumo de marihuana no es delito en nuestro derecho positivo, el cultivo para el consumo, como acto preparatorio para el consumo, no debería ser delito, ¿no? Con esto apunto a conocer la experiencia en cuanto a si esto es interpretado así por los jueces o, en general, estamos en algo que no funciona.

Por otra parte, como bien lo analizó, el proyecto del Partido Colorado deja las penas mínimas de prisión. O sea que los delitos continúan siendo excarcelables en la continuación de la política que modificó el decreto-ley original sobre el delito del narcotráfico, tal como reclamaba la doctrina y la doctora Reta, un referente en ese aspecto. Se entendía mantener los mínimos porque era coherente con el objetivo del proyecto que apuntaba a un tema de política criminal y de estética criminal en cuanto a llevar a una equiparación sancionatoria de los delitos del narcotráfico a la del homicidio simple. La única excepción es la del artículo 32 del decreto-ley que refiere a los zares de la droga o lo que tiene que ver con la organización y financiamiento del narcotráfico, casos en que sí se cambia el mínimo de penitenciaría para hacer el delito inexcarcelable, tal como lo aconseja parte de la doctrina

Quería saber si el doctor Langón estaba de acuerdo con que en el artículo 32 se podía hacer una excepción al mínimo de penitenciaría a fin de mantener la coherencia.

También quería saber si está de acuerdo con el no agravamiento de penas -que es la idea de estos tres proyectos- en el caso de que el objeto material de la conducta delictiva sea la marihuana. En ese sentido, en el caso del proyecto del Partido Colorado se mantienen las sanciones actualmente vigentes, como un avance en la contemplación del manejo delictivo de la marihuana.

Era sobre eso que quería conocer la opinión del profesor.

SEÑOR LANGÓN.- Si me pregunta mi opinión personal, debo decir que no habría que modificar las penas establecidas en el Código. Sin embargo, advierto que hay una intención del Poder Legislativo de volcarse a una represividad mayor en materia de delitos tradicionales de drogas, en cuanto a la producción, tránsito, etcétera. En ese sentido, el legislador hará lo que entienda más conveniente, pero en lo personal no tocaría nada y para subir los máximos, tampoco.

En cuanto al punto concreto del artículo 32, a mí no se me movería un pelo por subirle a dos años la pena de penitenciaría al tipo que "organizare y financiare", dando cuenta de que esto es algo que no ocurre en el Uruguay. No sé de la existencia de ninguna sentencia al respecto. O sea que estamos legislando para cosas que no ocurren. Se podría establecer una pena de diez años si de cualquier manera nadie va a caer en eso... Fíjense que se trataría de alguien que financia y organiza desde el Uruguay, aunque estas actividades no se realicen en el país y es algo de prueba dificilísima. En definitiva, este artículo integra el reservorio punitivo del Estado como una garantía. Si algún día ocurre y se quiere poner una pena máxima, no tenemos inconveniente en este caso concreto.

Sin embargo, en el resto de los artículos dejaría las cosas como están y, si me apuran, en este también. Por lo tanto, quiero decir que no estoy de acuerdo con la política de aumentar los mínimos de penitenciaría. De cualquier manera, uno trata de colaborar en términos generales, diciendo los pro y los contras, sin tratar de imponer una opinión que no deja de ser más que muy particular.

En cuanto a la marihuana, habría que hacer un gran debate. Se conoce la opinión de los legisladores que firman ese proyecto, la que se inscribe en la orientación que ha manifestado públicamente el Poder Ejecutivo y la que demuestra la iniciativa del doctor Lacalle Pou. Probablemente habría que hacer un tratamiento especial de la marihuana, más allá de imponer una solución de libertad de producción como establece el doctor Lacalle Pou, un aminoramiento de la pena o un establecimiento de producción y entrega de la marihuana por parte del Estado. Creo que esas son las cosas que, más o menos, hay en el ambiente.

Yo soy partidario -con todas las dificultades que hay- de pensar en una liberalización. Hoy el Diputado Bayardi hablaba del problema de la legalización de las drogas. En definitiva, acá lo que estamos castigando son actos de intermediación, de un comisionista, de un productor. Es un problema entre un consumidor y un productor. En general, se trata de productos de origen agrícola, que alguien reclama y otro le da. Entonces, la naturaleza criminal de este tránsito tiene que ver con que es una conducta prohibida. Siempre se hace la asimilación con la Ley Seca, que provocó tanta criminalidad en los Estados Unidos y, probablemente, potenció a las mafias. Es la ley "crimino impelente", es la ley la que provoca el delito; al hacerlo prohibido, lo hace atractivo; es más riesgoso, más caro. Puede provocar corrupción, violencia y todos los males de la droga, pero algunos identifican esos males con la ley. Si la ley no lo hubiera prohibido, se hubiera tratado de una forma mucho más racional, como otro vicio social, como el juego, la prostitución, el tabaco y el alcohol, que son conductas socialmente admitidas -lo mismo pasa últimamente con la interrupción de la gravidez- y no tiene caso prohibirlas. La prohibición del aborto es un caso típico. Cuando me preguntan si el aborto es delito, yo contesto que sí y no. Es delito porque la ley lo prohíbe, pero si se cometen entre treinta y cincuenta mil abortos por año y no hay sentencias de condena, entonces, el aborto no es un delito en el Uruguay. Estamos en un espiral de penalización y criminalización y en ese sentido, en la política tradicional del Uruguay se da lo que decía Elío -creo que era él-: "Se obedece, pero no se cumple". Decimos que sí, pero no. No sé si se me entiende.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Capaz que me distraje y me contestó la pregunta que hice sobre el acto preparatorio del consumo. Yo dije que si el consumo no era delito, el acto preparatorio, que sería el cultivo para el consumo, no debería ser punible tampoco.

SEÑOR LANGÓN.- Esa es una de las cosas que dice bien la exposición de motivos del proyecto del Partido Colorado. Allí se habla de esa paradoja o discordancia que refiere a la situación del consumidor. Creo que el consumidor realiza una conducta típica cuando se trata de cantidades razonables destinadas exclusivamente al consumo personal. Ese es un buen caso de interpretación del juez. Él tiene que ver qué es una cantidad razonable. Como abogado, tuve la experiencia en la que se procesó a un sujeto por tenencia para el consumo de 16 gramos de cocaína, cuyo grado de pureza era más o menos la mitad. El individuo era drogadicto y consumía con su pareja. Esa cantidad le daría para dos o tres días. Estuvo preso durante ocho meses por eso. Entonces, ¿la conducta es atípica? Es atípica si al individuo le toca un juez que interpreta que así lo es. A ese juez se le ocurrió que no era

una cantidad razonable, al fiscal también. Entonces, ¿qué expectativa razonable se puede tener si se establece un mínimo de tres años de penitenciaría con el proyecto del Senado? Con un juez de esos nunca habrá racionalidad.

La posición tradicional es que esa era una causa de impunidad. Era delictivo tener para consumir, pero por razones de política criminal, no se castigaba al individuo. Entonces, si bien la conducta está marcada como delito, no se castigaba al individuo. Esa es la otra posición que existe: causa de impunidad. Realmente, no hay manera de que el individuo tenga para consumir si alguien no le suministra, si no adquiere o transporta. Entonces, están castigadas las actividades preparatorias de la tenencia. Eso se había planteado también con el tema de la fumata en conjunto de la marihuana. Se aplicaba la ley por suministro de droga porque un cigarrillo empezaba a circular, hasta que la jurisprudencia empezó a marcar -y lo hizo muy bien- que, en realidad, la fumata colectiva era una forma de consumo. Si me consumo un cigarro entero, no es un delito, pero sí lo es si fumo un poquito y comparto con otros; es el caso de los suministradores recíprocos. El único que se salva es el último, el que se quedó con el puchito porque no se lo suministró a nadie. Pero, ¿por qué? Porque se acabó y lo tiró. Sin embargo, todos los demás eran delincuentes. Se empezaron a ver ese tipo de cosas y se entendió que eso no podía ser delictivo.

Entonces, como decía el Diputado Cersósimo, es un tema muy grande: no se puede decir que el individuo no tiene delito o es impune su conducta, pero las conductas previas al consumo sí. Por ahí la jurisprudencia también dejó eso de lado estableciendo que si no es delito el acto de consumir, tampoco lo son los actos preparatorios del consumo.

Lo que pasa es que, a veces, esos actos preparatorios del consumo son realizados por un tercero y, entonces, ese tercero va como comerciante. Yo ponía el siguiente ejemplo: si yo llevara una planta de marihuana a la clase para que los estudiantes la vieran, o alguien llevara una al Ministerio del Interior para que los funcionarios policiales conocieran qué es lo que deben buscar y perseguir, en esos casos no habría delito porque se llevaría esa planta en el marco de la docencia. Entonces, creo que hay que interpretar las leyes racionalmente.

Entonces, tiene razón el Diputado en el sentido de que el consumo no es delito y son delito los actos preparatorios del consumo. Eso es algo que no tiene solución. Algo así pasa con las faltas. Muchas faltas son actos preparatorios de delitos. Por ejemplo, está el caso de la tenencia de ganzúa o de llaves apropiadas. Si a un individuo lo detienen en el Paso Molino con determinadas herramientas y, además, declara que las lleva para ver si puede usarlas para entrar en una casa de Carrasco, no hay una tentativa de hurto porque no empezó a realizar el hurto. Sin embargo, lo atrapan y lo meten preso por tener ganzúas. ¡Surprise! Entonces, no lo castigan por tentativa de hurto o acto preparatorio de hurto sino por un delito autónomo consumado que es la tenencia de ganzúa. Es una especie de estafa procesal, como dirían los alemanes, o de trampa al solitario. Esto ocurre; esta paradoja existe.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Lo que yo le planteaba es que si el consumo de marihuana no es delito, el autocultivo de marihuana, como acto preparatorio del consumo, no debería ser sancionado porque no es delito. Esa es la posición que debería sostenerse en forma coherente con la legislación actual.

La segunda pregunta que quiero hacer al doctor Langón es si recuerda cómo terminó el caso que mencionó, de la persona que fue procesada, que estuvo ocho meses con prisión preventiva, y luego la jurisprudencia sostuvo firmemente que su conducta era delictiva.

SEÑOR LANGÓN.- La verdad es que no lo sé, porque el individuo no me quiso pagar más honorarios y yo me retiré de la causa. Yo tenía toda la intención de apelar la sentencia de condena y quería llevar el caso al Tribunal de Apelaciones, pero no lo hice por razones profesionales. No sé cómo terminó, pero había una intención clara del Fiscal y del Juez de condenar al individuo.

SEÑORA PRESIDENTA.- Solo nos resta agradecer profundamente al doctor Langón la paciencia que nos ha tenido y la cantidad de material que nos ha aportado, inclusive con humor, que tanta falta nos hace cuando tratamos estos temas. Como siempre, para esta Comisión ha sido un honor haber recibido una vez más al doctor Langón.

(Se retira de Sala el doctor Miguel Langón)

(Ingresa a Sala el doctor Raúl Cervini)

——La Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración da la bienvenida al profesor Raúl Cervini, de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay, Dámaso A. Larrañaga, quien fue invitado para darnos su opinión sobre los tres proyectos que estamos considerando y que tienen que ver con los delitos de tráfico de drogas: uno de ellos, "Delitos contra la Administración Pública y de tráfico de pasta base de cocaína", proveniente del Poder Ejecutivo y que ya fue votado por el Senado; otro titulado "Combate al narcotráfico", presentado por el señor Diputado Lacalle Pou, y otro, "Delitos de tráfico de drogas", presentado por varios Representantes del Partido Colorado.

Dado que tengo que ausentarme por unos minutos, propongo como Presidente ad hoc al señor Diputado Michelini.

Se va a votar.

(Se vota)

——Siete en ocho: AFIRMATIVA.

(Ocupa la Presidencia el señor Representante Michelini)

SEÑOR CERVINI.- Muchas gracias por la invitación.

Obviamente, voy a hablar a título personal, si bien soy Director del Departamento Penal de la Universidad Católica y, ciertamente, ninguna de las observaciones que voy a hacer son incompatibles con lo que la Universidad enseña, por lo que puede entenderse que es también la posición de la Universidad Católica, que es lo mismo que sostengo en la Universidad pública.

Quiero hacer hincapié en un elemento genérico que influye en todo lo que voy a decir. Para mí, el delito, la macrodelincuencia, la microdelincuencia, el delito de bagatela, son todas expresiones estructurales. Por consiguiente, el Derecho Penal -por mucho que se diga y se repita, no está de más recordarlo- solo puede ser una panacea parcial a la conflictividad social y, normalmente, la solución de estos problemas no está por la vía del Derecho Penal. En términos generales, yo soy francamente descriminalizador, porque en tantos años en esta actividad he visto que el Derecho Penal decididamente no es la solución más idónea. Sin embargo, a veces, en la medida en que aún hoy es necesario mantener esta sistemática, tenemos que usarla con la racionalidad adecuada.

El artículo 1º de este proyecto de ley refiere a los delitos previstos en los artículos 153, 155, 156, 157, 158 y 158 bis, que son los cometidos por funcionarios públicos. Hay que tener en cuenta que los funcionarios policiales son funcionarios públicos. Entonces, desde el punto de vista de la sistemática penal, al integrarlos en la estructura del tipo penal, a mi juicio, es incongruente generar un agravante por la condición de policía, dado que estaríamos ante un caso de violación del principio de "non bis in idem", es decir, estaríamos tratando la misma situación desde dos perspectivas. El policía es un funcionario público. Además, ¿vamos a castigarlo con un agravante por ser policía? Creo que debemos tener esto en cuenta, porque sistemáticamente no es correcto.

Sí me parece razonable el agravante previsto en el artículo 2º del proyecto, dado que no atiende a la calidad de funcionario público sino a la modalidad de acción del funcionario público en el entorno del establecimiento de reclusión o detención, de encierro, donde el funcionamiento de las garantías se encuentra cercenado. De manera que acá no está en juego solo la condición estatutaria de funcionario público, sino la actividad que se desarrolla en un medio especialmente propicio para el apartamiento de la norma.

Con respecto al artículo 4º, creo que la modificación que se propone al artículo 35 bis se podría establecer como agravante al artículo 35. Si esta norma está destinada a la protección especial de la vida y de la integridad física y por eso se aumenta la pena, se podría colocar no como delito autónomo sino como agravante del artículo 35. Me parece que sistemáticamente sería más coherente.

En el artículo 4º se da una dualidad de criterios. Fíjense que en la primera parte se establece el incremento de la pena y, más adelante, en el tercer párrafo, la posibilidad de aplicar las medidas sustitutivas previstas en la Ley Nº 17.726. Esta posibilidad es de principios, no necesita ser establecida expresamente. Además, desde el punto de vista sistemático, no me parece muy coherente que la norma incremente la pena para determinadas situaciones que tienen mayor peligrosidad social relativa y simultáneamente admita la posibilidad de la pena sustitutiva, cuando en correcta lectura del aplicador las medidas sustitutivas previstas en la Ley Nº 17.726 no procedería en caso de delitos inexcarcelables.

Estas son las observaciones que a título general me atrevo a hacer al proyecto. A mi juicio, la observación más importante es que se está puniendo al policía dos veces, considerando su doble condición de funcionario público y de policía.

SEÑOR BAYARDI.- El proyecto enviado por el Poder Ejecutivo figura en el Repartido Nº 995. En la página 4 de ese repartido está también el proyecto aprobado por la Cámara de Senadores, que introduce modificaciones a la redacción original. En particular, en el artículo 1º se agrega una serie de funcionarios, más allá de lo establecido en el texto del Poder Ejecutivo. A tenor de su exposición, supongo que esto no cambia mucho el concepto.

SEÑOR CERVINI.- No; es extensivo.

SEÑOR BAYARDI.- Tomo nota de la observación que realizó el doctor Cervini con respecto al artículo 2º.

En cuanto al artículo 4º, es cierto que lo que establece el proyecto original del Poder Ejecutivo es efectivamente aumentar el mínimo a tres años de penitenciaría para todos los casos vinculados con la pasta base de cocaína.

Posteriormente, en el Senado se habilitó la facultad discrecional, que ya podía tener el Juez, para atender las realidades contempladas por el artículo 35, no las referidas en los artículo 30 a 34, que son punidas con el mínimo de tres años. Esa es la diferencia; se establece la discrecionalidad de los Jueces para los casos comprendidos en el artículo 35. Creo que esa fue la voluntad de los legisladores en el proceso de discusión en el Senado. El Juez tendrá una suerte de disyuntiva a la hora de decidir, según el tipo de situación ante la que se encuentre.

SEÑOR CERVINI.- Estamos hablando de delitos que tienen una pena mínima de tres años.

SEÑOR BAYARDI.- Entiendo que esa discrecionalidad se da en los casos que tienen prevista una pena mínima de dos años de penitenciaría.

SEÑOR CERVINI.- Y no para los casos previstos en el artículo 35.

SEÑOR BAYARDI.- Yo creo que sí, porque se establece: "Cuando las actividades delictivas descritas en el artículo 35 tengan por objeto material todas aquellas formas de cocaína en su estado de base libre o fumable, incluida la pasta base de cocaína, la pena a aplicar tendrá un mínimo de 2 (dos) años de penitenciaría".

SEÑOR CERVINI.- Yo creo que esto justificaría una aclaración más específica, porque puede dar lugar a confusión. A veces el espíritu de una norma es clarísimo, pero no queda reflejado en la letra, y cuando llega el momento de aplicarla, se produce un apartamiento de lo que en principio se pretendió. A mí, esta redacción me llevó a confusión. Creo que debería aclararse si esto se reduce al artículo 35 o alcanza a los demás. Una pequeña aclaración no estaría de más; de lo contrario, se pierde la sistemática, sin perjuicio de reiterar que la facultad de aplicación de la Ley Nº 17.726 sólo podría proceder tratándose de delitos excarcelables.

Por otra parte, tendremos que compatibilizar la normativa al estándar que hemos establecido para el delito de lavado de activos en la Ley Nº 17.726. Es fundamental tener en cuenta esto en el caso de conductas

relativamente equivalentes.

Creo que habría que hacer esos pequeños ajustes, si bien no sé cuántas cosas solucionará. Esa descripción de funcionarios que se agrega en el artículo 1º, incluyendo a la Dirección General Impositiva, al Ministerio Público Fiscal, al funcionario militar, a los Diputados y Senadores, a los Ministros o Subsecretarios, tiene algo de agravante estatutaria, que de por sí es antipática. El Derecho Penal en sí mismo es pernicioso. Si, además, generamos categorías de especial gravosidad, estamos generando un Derecho Penal de grados, y eso no es bueno. La Constitución dice que todos somos iguales ante la ley. En todo caso, podría justificarse una tipificación. Está en la cabeza del Juez graduar la responsabilidad del funcionario de acuerdo con el estatuto que ocupa. No es lo mismo lo que puede hacer un agente de tercera, que lo que puede hacer un Comisario; no es igual la conducta que puede tener un administrativo de la Policía, que lo que hace un Ministro. Y cuando hablamos de las Fuerzas Armadas, no es lo mismo lo que hace un Cabo, que lo que hace un General.

Entonces, la norma parece tener una vocación democrática pero, en realidad, se aleja de ello. Esa es mi impresión general.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Quiero expresar mi agradecimiento al doctor Cervini por su presencia en la Comisión.

Nos gustaría escuchar sus comentarios con respecto a los demás proyectos sobre este tema.

(Ocupa la Presidencia la señora Representante Tourné)

SEÑOR CERVINI.- Con respecto al proyecto titulado "Combate al narcotráfico", quiero hacer varias apreciaciones.

El artículo 1º establece la sustitución del artículo 3º del Decreto-ley Nº 14.294. La primera parte de la redacción del artículo 3º establece la prohibición y en la segunda parte se establecen las excepciones y se hace referencia al cultivo y cosecha de marihuana destinados al consumo personal.

En términos generales, antes de ir al fondo de esta cuestión, quiero señalar que es de mala práctica de redacción colocar en un mismo artículo una norma claramente prohibitiva y otra permisiva. Me parece que sería mucho más habilidoso establecer como literal B): "Sin perjuicio de lo dispuesto en la norma anterior, se tendrá una especial consideración con el cultivo y cosecha de marihuana con destino a consumo personal". Creo que eso sería mucho más razonable.

Debo decir que, en principio, soy contrario a la legalización de la marihuana y sus variantes, pero esta es una situación diferente. Soy contrario, básicamente, por motivos pragmáticos. En los años ochenta, trabajé en el proyecto alternativo de Río, que buscaba la descriminalización "de jure" de la marihuana. Después de muchos años de esfuerzos, llegamos a la conclusión de que eso era imposible en Brasil, porque se hacía en el Estado de Río y había que considerar la situación a nivel federal. Después estaba el problema internacional. Es un paso demasiado largo, que tal vez se debe iniciar en forma progresiva.

Mi sugerencia es la siguiente. Hay que establecer lo que dispone la segunda parte del artículo con independencia y como norma permisiva. No hay que juntarlo con una norma claramente prohibitiva como es el artículo 3º. Habría que separar lo dispuesto a partir del literal B). Podría decir: "Sin perjuicio de lo establecido en la norma anterior, se entenderá" tal cosa y tal otra. En mi opinión, eso hace a una mejor redacción.

Con respecto al artículo 31, creo que ha llegado la hora de cambiar la redacción: "Quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad". No podemos seguir con esta especie de rémora que es la causa de impunidad. El hecho es delito pero no se pune. Yo creo que, a esta altura, se puede dar el paso de decir, decididamente: el hecho no es delictivo. Pasar de una causa de impunidad a una causa de excepción de la responsabilidad penal. Hago las mismas observaciones que a la plantación para el propio consumo: no nos descolocaría en el plano internacional y sería un avance progresista en la legislación. Hay un par de países que ya tienen este sistema, que han sacado este paso intermedio que es la causa de impunidad, que es algo viejo. La causa de impunidad es un querer y no poder. Si nosotros creemos que no merece pena, ¿por qué decir que es delito pero no le aplicamos pena? No quiebra la sistemática. Decimos: no es delito. Queda

excepcionado de responsabilidad el que tuviera en su poder la cantidad razonable destinada a su consumo. Sería mucho más coherente con eventuales pasos que yo no necesariamente comparto pero que se podrían dar en el futuro. Con lealtad, les digo que abre la puerta a alternativas de control de mayor porte que se pudieran conciliar al menos en el ámbito regional. Estas políticas -esa es mi crítica principal- no se pueden hacer aisladamente; si no, nos transformamos en una suerte de plaza liberada.

Esto nos coloca internamente en una posición jurídicamente mucho más seria y no incide en el ámbito internacional. Nos pondría en una posición más moderna. Creo que estamos en condiciones de eliminar la causa de impunidad y pasar directamente a la excepción de responsabilidad. No sé si algún otro experto lo ha manifestado, pero sinceramente creo que se puede dar ese paso, que sería muy útil para avanzar en el futuro.

Esto es una rémora que viene del Código Zanardelli. Si no es delito consumir, ¡cómo puede ontológicamente concebirse que es delito la tenencia para consumo? Es un problema de sentido común. ¿Tiene una prevención general mayor decir esto es delito pero no te puno? Si el consumo no es delito, tener para consumir no es delito. No es una causa de impunidad. Si no, entramos en una hipocresía de ley que no es saludable.

Aconsejaría -porque esto sí es peligroso- sustituir la "convicción moral" por la "sana crítica". La convicción moral es una bomba de tiempo. Funciona estupendamente cuando tenemos un Juez garantista; funciona como una bomba de tiempo cuando el Juez tiene una visión peligrosista del sistema penal.

Con respecto al artículo 32, he visto que se ha generado en doctrina, en la discusión del propio Instituto de la Universidad de la República, algún pequeño debate sobre la pena. Es que no se encaró adecuadamente la discusión. Este incremento que prevé el artículo 32 no hace otra cosa que recoger lo que ya decía la Ley Nº 14.094 y -para venir más acá- lo que establecía la propia Ley Nº 17.016, que tipifica el lavado de activos. Ya estaba esta norma. Aconsejo, con respecto al artículo 32, algo simple para subsanar la confución de muchos. Se ha dicho: "¡Cómo! Nos estamos arrogando una jurisdicción que no es la propia. En el caso del sujeto que comete delitos en el extranjero, los principios generales de la cooperación internacional indican que se aplica la "lex fori" de ese país. La idea es otra; lo que pasa es que hay que ponerlo más claro. Sugiero que el artículo 32 diga: "El que organizare o financiare "desde el territorio nacional" alguna de las actividades delictivas descritas en la presente ley, aun cuando estas no se cumplieran en el territorio nacional, será castigado con pena de 2 (dos) a 30 (treinta) años de penitenciaría".

Esto corregiría la duda que tiene alguna dogmática y, sobre todo, permitiría ver con mayor claridad que lo que se quiso hacer fue una coherencia punitiva, porque si el lavado de activo tiene un mínimo de dos años, es absurdo que se establezca una pena aminorada a aquel que organiza desde el territorio nacional actividades igualmente dañinas en el extranjero o que tiene múltiples puntos de conexión. ¿Este sujeto es tan dañino para la sociedad como el que lava dinero? Yo diría que más, porque, desde mi percepción, si bien el lavado de activos es la culminación de un proceso, es una actividad relativamente más aséptica que el tráfico, que la organización del tráfico, que tiene una perversidad inherente. Son conductas igualmente disvaliosas, pero de distinto carácter; entonces, por lo menos, hay que ponerles la misma pena. No hay que soliviantarse porque se sube la pena cuando, en realidad, la conducta, a mi juicio, es más gravosa que la de lavado de activos. Es una actividad perversa pero que se reduce al ámbito de la maquinación financiera. En el otro caso, se asume el correlato que tiene en la salud pública, etcétera, que tiene el tráfico en sí. Es más: no se puede decir que el lavado de activos, desde el punto de vista operacional, tenga consecuencias irreversibles. En cambio, el daño que provocan el tráfico y la implantación de la droga en la sociedad es irreversible, y en términos de política criminal, no veo ningún inconveniente en incrementarle la pena, pero teniendo en cuenta que esto se hace -eso es lo que la Academia, a veces, no percibe- para acompasar esta norma con la legislación que tenemos sobre lavado de activos. Establecimos una pena mínima de dos años. Es una alta pena, que está justificada; entonces, actividades que son socialmente, a mi juicio, más dañinas, merecen la misma pena, con el aditivo de decir "desde el territorio nacional", para que no se crea que es una conducta absolutamente externa en toda la faz del delito. No es así. Este es el sujeto que desde su apartamentito en Punta del Este, en el Cerrito de la Victoria o donde sea organiza actividades descritas en la presente ley, que pueden tener efecto en distintos países o revertirse, luego, al Uruguay. En mi modesta opinión, el que importa droga se encuentra en esta situación.

La norma está bien pero hay que hacerle esa aclaración porque ya está generando dudas en el plano de la dogmática. Hay un par de artículos que dicen que si el delito es organizado en el exterior -aclaro que no es así- la competencia y jurisdicción es del país donde está ejecutándose la actividad cuya persecución llega al

Uruguay. Parecería que se está violando claramente el principio de territorialidad. Si se organiza en Brasil, juzga la Justicia de Brasil; si se organiza en China, juzga la Justicia de China, no la de Uruguay, que no debe asumir dicha competencia. Claro, lo dicen porque no entienden el sentido de la norma, porque le falta la expresión "desde el territorio nacional". Realmente, es notorio para el que lee toda la ley, pero para el que la lee aisladamente, no surge con claridad. Como tenemos que pensar que, muchas veces, el Juez, en la vorágine de la tarea, no lee toda la ley sino que va a la aplicación de la norma que le es funcionalmente utilizable en el caso, puede llamarse a engaño, y algún abogado puede, por ejemplo, plantear un recurso basado en que acá tenemos una internación de lo que sería una faz de "lex fori" extranjera. Nos estaríamos arrogando una jurisdicción que no nos corresponde, y no es así.

Por eso, reivindico esta norma. No justifica las críticas que ha recibido en el exterior. La pena tampoco es fruto de un capricho sino que se ajusta a la equivalencia con el lavado de activos.

SEÑOR CERSÓSIMO.- El artículo 33 habla del territorio nacional.

SEÑOR CERVINI.- Fenómeno. Desde mi concepción teórica, como yo creo en el principio de coherencia sistémica, si en una punta de la ley o del Código me aparece una circunstancia que define y da dirección dogmática, yo la uso, sobre todo cuando es clarificadora de la ley madre. Pero ocurre que hay gente que toma las normas aisladas, cuando en realidad todo debe tener una coherencia sistémica. Es el principio de coherencia sistémica: todo influye en todo, y un beneficio que se otorga en una parte del Código se extiende, naturalmente, a todos los ámbitos lógicos donde debe ingresar. Así se interpreta el Derecho Penal, pero como estamos en una época de funcionalismo fragmentario, que toma lo que le sirve de cada párrafo, tienen que prever eso. Entonces, ¿por qué no se pone esa expresión en el oro artículo? No sobra. Muchas veces se dice que algo es superafectado, pero en este caso no lo sería.

SEÑOR CERSÓSIMO.- El doctor Langón decía que la hipótesis del artículo 32 no se daba nunca porque el hecho de que se realizara para el extranjero desde aquí no era lo que sucedía en la realidad. Por eso es importante lo que usted está diciendo.

SEÑOR CERVINI.- Disiento totalmente. Si hay algo claro es que el narcotráfico funciona a través de lo que se llama "network" ilícito, que son las llamadas redes de intercambio ilícito. Hoy el viejo traficante, que salía con la camioneta y volvía con las ruedas llenas de marihuana, va desapareciendo. Ese es un minorista de bagatela. Las grandes organizaciones programan, organizan y hacen las bocas de transferencia desde acá. La producción se hace en un segundo país que, de algún modo de introduce en Brasil, se estanca durante algún tiempo -hasta que afloja la cosa-, luego va penetrando en forma directa o a través de trueques o intercambios ilícitos y termina llegando a distintos mercados, que puede no ser Uruguay, normalmente no lo es. No quiero estigmatizar, pero hay gente que desde José Ignacio organiza el tráfico de drogas en Letonia y Ucrania. ¿Recuerdan al ucraniano? Él lo hacía desde Buenos Aires y también desde su casa de José Ignacio. No tengo elementos para presumir que en José Ignacio solo tomaba sol. Si lo hacía desde Buenos Aires, pienso que.... Bueno, estos sujetos son mucho más sofisticados que los viejos traficantes. Tenemos que tener en cuenta que la trasnacionalización del delito significa que los sujetos se prevalecen de las fronteras para usarlas en su propio beneficio, el principio de territorialidad.

Disiento con mi amigo Langón. Esta norma es absolutamente pertinente, ya que respetando el principio de la dignidad nacional, recoge una realidad que es la trasnacionalización del delito. Me parece muy claro.

Yo no creo que haya un fenómeno autárquico completo del circuito de la droga que se dé en un país. Quizás, en alguna medida, pueda darse en Brasil, que es un país continente. Entonces, en un Estado se hace una cosa y, en otro, otra. Se organiza en la Amazonia, en Tabatinga, Leticia, en la frontera con Colombia, y luego se proyecta a San Pablo, como si fueran países diferentes, para que esa droga vaya tal vez a Portugal o a los países de la ex Unión Soviética. Eso es porque los network ilícitos funcionan en Pedro Caballero, en Tabatinga o Leticia, pero tomando a los Estados en forma aislada y no como una única federación. Este es un caso extraordinario. En el resto, el delito se manifiesta diariamente en forma transnacional y a propósito. Una de las tantas coberturas del delito organizado es la transnacionalización de las actividades. Muchas cosas que se pueden hacer en el mismo barrio, no se hacen. Artificiosamente se hacen en otro lugar para generar distintos puntos de conexión, conflictos de prueba y conflictos de cooperación.

A su vez, esto genera otras perversidades, pero no es el momento de hablar de ellas. En reconocimiento de esta realidad viene cundiendo una peligrosísima tendencia de la cooperación directa internacional en materia policial. ¿Por qué? Porque si los jueces no se ponen a rueda sobre los principios de la moderna cooperación penal internacional -que implica garantías para todos, inclusive, para el afectado- la Policía ve en todo este aparato algo arcaico, que dificulta la persecución del delito. Entonces, viene toda esta nueva corriente europea de la cooperación directa. Y ahí cerramos y nos vamos. Se ha estudiado muy bien la cooperación judicial penal internacional, pero no está suficientemente arreglada la cooperación policial internacional. Eso no es teoría, sucede todos los días, ya lo estamos viviendo.

SEÑOR CERSÓSIMO.- En el error o en el acierto, en todos estos proyectos buscamos el combate al narcotráfico. ¿Usted considera que es fundamental agregar la frase "del territorio nacional"? Porque si no, en la práctica, se posibilitaría la fuga de los narcotraficantes de la persecución judicial y penal.

SEÑOR CERVINI.- Exactamente. El diseño de la actual política de droga internacional está basada en la transnacionalización de los puntos de conexión, en dividir la tarea en tantas jurisdicciones como uno pueda imaginar. Esto se da en el campo del lavado y ni qué decir en todo el tráfico. A veces solo se larga la idea desde acá y se financia en un segundo país. Se involucran dos o tres plazas financieras para que el dinero no llegue en lo que se llama en línea directa. Luego vienen las compras, a veces son intercambios a nivel de lo que llamamos el network ilícitos, de drogas por diamantes o diamantes por drogas o diamantes por armas y armas por droga. Finalmente, llega el momento en el que se manda droga, no diamantes. Aquí estamos ante lo que llamamos mercados permeables. Porque la droga no termina en los países donde hay mayor consumo, sino en los que hay menor control. Por ese motivo los países del Este se están inundando de droga, ya que Europa ha tenido un poquito más de eficacia en el control de la introducción de estupefacientes.

Estoy hablando, con toda honestidad, de un problema que hace a lo que yo llamaría "la droga burguesa". Como todos saben tenemos nuestras propias mortificaciones, derivadas de la pasta base, probablemente la más perniciosa de las drogas. En ese problema estamos regionalizados en chico, porque tenemos algunos insumos de Brasil y Argentina, pero también tenemos propios. Llega el desecho y aquí se procesa. Acá se hace gran parte del circuito. En San Pablo se hizo un estudio del rendimiento universitario en virtud del tipo de droga que se consume. Se pudo constatar que es pavorosa la diferencia -no estoy haciendo apología de la cocaína ni de la marihuana- de rendimiento entre quienes consumen drogas duras, refinadas y pasta base. Quienes consumen pasta base no llegan a la universidad, en tres años sufren un deterioro psíquico y mental irreversible y se transforman, prácticamente, en una planta.

En estos días estuvo un catedrático de San Pablo que habló de las muertes anunciadas de chicos que consumen pasta pase o sintético. Con 14 o 15 años aparecen muertos en las calles de San Pablo o Río porque ya no tienen capacidad ni deseo de alimentarse. ¿De qué recuperación podemos hablar en ese caso? Sin embargo, la normativa internacional nos impulsa al control de una droga que, tal vez, no es la que más no está afectando a nosotros. Hay tantas cosas que a veces tenemos que hacer para reubicarnos internacionalmente.

SEÑOR MICHELINI.- He permanecido en silencio durante la visita del catedrático anterior y de la que nos distingue en este momento, básicamente, porque hay una decisión partidaria de votar el proyecto tal como vino del Senado. De todos modos, le hace bien al Parlamento y a la sociedad en su conjunto escuchar las diferentes opiniones. Las leyes no son inmutables. Además, podemos acumular conocimiento. Lo que no se apruebe en este proyecto de ley, podría tenerse en cuenta para otro más adelante.

Quisiera saber si el doctor Cervini considera necesario revisar el artículo 10 del Código Penal en cuanto a que quienes cometan delitos en el extranjero puedan ser perseguidos en el territorio nacional.

SEÑOR CERVINI.- La Comisión revisora del Código Penal no le ha introducido modificaciones al artículo 10. Me pregunto si sería necesario en una interpretación sistemática.

Con la precisión que acaba de hacer el Diputado Cersósimo en el artículo 33 y con el pequeño agregadito que yo sugiero para el 32, estamos reivindicando la "lex fori", que está totalmente de acuerdo con el Código

Penal. Soy una persona realista y procuro venir con una idea práctica. Por supuesto que reconozco los compromisos partidarios como por ejemplo el que tienen de votarla en bloque. De todos modos, yo pienso que no mortifica tanto la resolución partidaria poner una cosita que sería muy útil en el futuro, como es "el que organizare y financiare desde el territorio nacional". De esta manera se evitarían esas dudas y no habría necesidad de modificar el artículo 10.

La Comisión que integraron los catedráticos -entre los que estaba el doctor Langón- no modificaron el artículo 10. Debo decir que para mí esa reforma ha dejado grandes gazapos dentro del Código. A mí no me convence lo que se hizo. El artículo 10 no se tocó y yo no tengo observaciones para hacer. Yo creo en la "lex fori". Creo que, en principio, dentro del país el factor punitivo se rige por el elemento de territorialidad. Pero no me engaño: cuando desde el Uruguay se instrumentan conductas, la conducta ya se empieza a llevar adelante en nuestro país. No estoy hablando de la etapa de decisión del delito, sino de instrumentación. Cuando digo: "Voy a hablar con el 'Pocho' Ramírez en Bolivia y con Fernandinho Beira Mar en Brasil para que me canalice, pero yo diseño todo eso", ya estoy involucrándome en el hacer delictivo. Debe existir una cabecita que mueva esto -como diría el "Toto" Da Silveira-, porque solo no se mueve. Es casi secundario lo que luego se instrumenta operativamente en el exterior porque está en función de directivas preordenadas desde el país. Si es que se da así, porque establece "el que organizare o financiare", nada menos. Sin organizar y financiar no hay actividad posible. Esto no se mueve por espasmódica voluntad propia. Siempre se organiza y financia. Si viene un cargamento totalmente ajeno a la actividad de un uruguayo y se introduce, es otra cosa. Lo capturamos acá, en lo que nos compete. Si está en la frontera, Brasil actuará de acuerdo a lo que se haya hecho allí. Pero, si hay participación uruguaya, ¡ojo con creer que nosotros no tenemos responsabilidad punitiva!

Me estoy refiriendo al artículo 32, que ha sido cuestionado dogmáticamente por el instituto y en varios ámbitos académicos diciendo que es una forma de meternos en la jurisdicción ajena. Yo digo que no. Este artículo reivindica los principios del artículo 10. Este artículo debe entenderse con un agregadito que ya tiene el artículo 33, como felizmente me ha hecho ver el Diputado Cersósimo, que es "desde el territorio nacional". Esta conducta se organiza y financia desde acá, y por eso nos hace competentes. Para mí es mucho más importante saber quién es el que financia y organiza que el que simplemente traslada la droga. Ese es un peón, lo hace él o lo puede hacer otro. En cambio, el que organiza o financia es el dueño de la pelota.

SEÑORA PRESIDENTA.- Lo mismo sucede con las armas, la trata de personas.

SEÑOR CERVINI.- A veces hay diferentes combinaciones, trueques de mercado. Hay gente que se especializa y otros que se diversifican en algunos casos por las exigencias de un cliente que le dice: "Quiero que me mandes tanta droga y cuatro rubias".

Desde Tabatinga se organizan vuelos charter en los que van droga, diamantes y mujeres, y así se reparten los gastos entre los grupos. Por eso son network ilícitos, redes de intercambio ilícitas. La propia pertenencia a una red de intercambio ilícito significa un grado de profesionalización del que interviene. Es algo curioso, pero se ve con cierta categoría integrar una red de intercambio ilícito. "Ahora sí soy un delincuente". Así funciona. Esa es la realidad.

(Diálogos)

——Sé como se gesta y que corresponde a una realidad gravísima que, en este caso, sí es internacional y nos tocan prendas. Nosotros tenemos que poner nuestro granito de arena para frenar la transnacionalización del delito. Sería absurdo que generáramos una cantidad de estudios, contables o los que fueren, que se dedicaran a organizar delitos en el exterior, y entender que no tenemos nada que ver. ¡Por favor! Somos la simiente, sin la cual el hecho delictivo no se va a consumar. En este caso el principal es el que organiza.

SEÑOR CERSÓSIMO.- No sé si usted manejó los otros proyectos, pero existe una diferencia en cuanto al establecimiento de los límites de las penas. En el proyecto del Partido Colorado -Repartido Nº 864- se busca equiparar los delitos de narcotráfico con el homicidio. El homicidio simple tiene mínimo de prisión para permitir la excarcelación. En el artículo 32, que refiere al que financia u organiza, se mantiene el mínimo de penitenciaría.

El otro proyecto es similar al aprobado en el Senado: establece mínimos de penitenciaría y hace algunas referencias al autocultivo de la marihuana.

Referido a este aspecto tengo una pregunta. Si el consumo de marihuana no es delito, suponemos que el cultivo para el consumo, al ser un acto preparatorio del consumo, no debería ser delito. ¿Es así?

SEÑOR CERVINI.- Para mí no debe ser considerada como una conducta delictiva, sino como una conducta no reprochable penalmente.

SEÑOR CERSÓSIMO.- ¿Hoy es así?

SERÑOR CERVINI.- No. Se aplica la misma solución normativa que para la tenencia.

Creo que debemos ser coherentes. Tenemos una realidad consolidada: el consumo no es delito. Entonces, todo lo que está íntimamente vinculado a la viabilidad del consumo no debería serlo. No se puede consumir sin tener. Entonces, por extensión, yo estoy dispuesto a transar en tolerar la plantación para el propio consumo. ¿Por qué? Porque creo que eso es muy diferente a lo que genéricamente podría considerarse como legalización de la marihuana, y porque entiendo que el Estado estaría en condiciones de controlar esa situación. Creo que ese sí es un universo controlable. En cambio, el de la legalización de la marihuana, aún con la intervención de privados, es imposible de controlar -¡qué esperanza!; es imposible-, porque inciden factores que superan el control formal desde todo punto de vista. Además, nos va a generar el fenómeno del famoso turismo asociado. Recuerden que en Holanda se cambió tres veces la ley. ¿Por qué? Porque cuando liberó el consumo de marihuana, no estaban preparados los instrumentos para medir el impacto. Cuando se vio que surgía ese turismo abrasivo, cambió la ley. Después liberó un poquito; vio otro efecto negativo y volvió a cambiar la ley. Y cuando, en virtud del intercambio de información actual en Europa, se pudo focalizar más el tema, se llegó a un sistema de liberación más moderada, que no tenía nada que ver con la idea original, que le generó muchísimos problemas.

Del mismo modo, podría suceder que terminara volcándose al Uruguay un tipo de población que no necesariamente va a ser más agresiva -¡no!-, pero sí va a generar una cierta conmoción en el consenso social. Por cierto, esa no será una norma de gran popularidad. Además, a mi juicio, nos va a generar problemas internacionales.

SEÑORA PRESIDENTA.- Solo nos resta agradecer la generosidad del doctor Cervini con su tiempo y con su saber para con esta Comisión.

Estaremos en contacto para realizar cualquier otra consulta, como siempre.

Ha sido un placer recibirlo en la Comisión.

SEÑOR CERVINI.- Igualmente para mí.

Con ánimo constructivo, reitero que pequeñas modificaciones, casi de detalle -una comita no quita el apoyo partidario a una norma-, simplificarían muchos problemas en el futuro, que ya están planteados en el ámbito normativo.

Muchas gracias.

(Se retira de Sala el doctor Cervini)

SEÑOR BAYARDI.- La decisión política de la bancada de Gobierno es aprobar este proyecto de ley como ha venido del Senado, tal como manifestamos la semana pasada, más allá de las eventuales modificaciones que pudieran ser incorporadas al sustrato sobre el que esta ley actúa, es decir, los artículos 30 a 35 contenidos en el Decreto-ley Nº 14.294.

De modo que proponemos que se ponga a votación el proyecto.

SEÑOR BORSARI BRENNA.- ¿Ahora?

SEÑOR BAYARDI.- Sí. La semana pasada avisamos que la idea era tratarlo y resolverlo hoy.

SEÑOR BORSARI BRENNA.- Solicito un intermedio de cinco minutos.

SEÑOR PRESIDENTA.- Se va a votar.

(Se vota)

——Ocho por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

La Comisión pasa a intermedio.

Continúa la sesión.

Corresponde poner a votación el proyecto de ley "Delitos contra la Administración Pública y de tráfico de pasta base de cocaína".

En discusión general.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar si se pasa a la discusión particular.

(Se vota)

——Ocho por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

En discusión particular.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Queremos dejar constancia de que el proyecto que presentamos nos parecía de una técnica legislativa más depurada. Además, tenemos varias observaciones y discrepancias con respecto al proyecto aprobado por el Senado, algunas de las cuales ya han sido puestas de manifiesto por los expertos. En particular, esperábamos tener la posibilidad de hacer alguna incorporación o acuerdo para enriquecer el proyecto que viene del Senado con propuestas de los otros proyectos de ley que están a consideración de la Comisión. Sobre todo, pretendíamos introducir esa modificación que el doctor Cervini bien fundamentó, en el sentido de no dejar una puerta abierta para que se nos escapen casos de narcotráfico a nivel de los zares de la droga, dado que de acuerdo con lo establecido en el artículo 32 tienen una posibilidad de escapar al rigor de la Justicia, salvo que se introdujera la frase "dentro del territorio nacional", que el experto que nos asesoró dijo era fundamental a la hora de asegurarnos el combate al narcotráfico, que es lo que en última instancia todos los legisladores queremos.

Las demás discrepancias que tenemos con respecto al proyecto de ley aprobado en el Senado las expondremos en Sala.

SEÑORA PRESIDENTA.- Propongo pasar a votar artículo por artículo, designar al miembro informante y, posteriormente, fundar el voto. Asimismo, como todos conocemos muy bien el proyecto, sugiero que se suprima la lectura de los artículos.

(Apoyados)

——En discusión el artículo 1º.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

——Ocho por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

En discusión el artículo 2º.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

——Ocho por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

En discusión el artículo 3º.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

——Ocho por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

SEÑOR BORSARI.- Voy a solicitar que el artículo 4º se divida en dos partes. La primera de ellas sería hasta "(...) tendrá un mínimo de 2 (dos) años de penitenciaría", y la segunda comenzaría "En las hipótesis previstas en los incisos anteriores (...)" al final.

SEÑORA PRESIDENTA.- En discusión el acápite y los dos primeros incisos del artículo 4º.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

——Ocho por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

En discusión la segunda parte del artículo.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

——Siete en ocho: AFIRMATIVA.

SEÑOR BORSARI BRENNA.- No hemos acompañado la segunda parte del artículo 4º del proyecto en virtud de creer que no se pueden disponer medidas excepcionales, medidas sustitutivas, a lo que el mismo artículo establece. Una norma no puede establecer un mínimo de dos y tres años de penitenciaría, según las actividades delictivas, y luego dar al Juez de la causa la potestad de aplicar medidas sustitutivas. Creo que esto es contradictorio con lo que se quiere establecer como delito.

Estoy de acuerdo con lo que decía el doctor Langón en cuanto a que la segunda parte del artículo contradice lo establecido en los dos primeros incisos. Por lo tanto, me parece que se crea una duda. Entendemos que las normas penales deben ser claras y deben dar seguridad al Juez cuando deba actuar.

Esas son las razones por las cuales votamos en contra de la segunda parte del artículo 4º.

SEÑOR BANGO.- Simplemente, queremos decir que damos nuestro voto afirmativo a este proyecto de ley porque más allá de nuestras opiniones personales estamos cumpliendo con los acuerdos políticos alcanzados en nuestra bancada.

SEÑOR CERSÓSIMO.- Como dijimos en la fundamentación de la votación en general del proyecto de ley, haremos las observaciones en Sala. El Partido Colorado ha dado el voto afirmativo a estos artículos en función de que es inexorable que hay una mayoría que lo respalda. Como es nuestra voluntad política establecer claras medidas de combate al narcotráfico, acompañamos esta iniciativa, sin perjuicio de que insistiremos en Sala para introducir algunas modificaciones, en especial, en el artículo 4º, en el que hay una clara contradicción con las soluciones legislativas de política criminal que

se han consagrado en este proyecto de ley, por lo que entendemos no van a solucionar el problema, como se pretende.

SEÑORA PRESIDENTA.- He votado a favor, de conformidad con el acuerdo político, por disciplina política. Creo que estamos perdiendo una gran oportunidad. Esta Comisión tiene a estudio la reforma del Código Penal y pienso que se corre el gran riesgo que señalaba el doctor Langón en su comparecencia de hoy de lograr un desarrollo absolutamente desorgánico y desarmonizado de la dosimetría penal, tratando delitos por separado en lugar de proceder a discutirlo en conjunto, como corresponde. Un cuerpo legislativo no se puede estar toqueteando todo el tiempo; eso es lo que dicen todos los académicos, y yo concuerdo con eso. Podríamos aunar esfuerzos para lograr lo que tanto necesita nuestro país, que es un cambio de Código Penal y no esta caída en capas de cebolla de distintos delitos que después no concuerdan entre sí ni con la norma del Código.

Ha sido propuesto el señor Diputado Aníbal Pereyra como miembro informante.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

——Seis en siete: AFIRMATIVA.

En virtud de que algunos legisladores han contraído compromisos en la tarde, se suspende la sesión fijada para la hora 14.

Se levanta la reunión.